

## **AS1315 – REGIONE LOMBARDIA – MODALITA' DI ACQUISTO DEL MATERIALE ROTABILE PER IL TRAMITE DI FERROVIENORD**

Roma, 27 ottobre 2016

Regione Lombardia

L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella sua riunione del 19 ottobre 2016, ha inteso formulare le seguenti osservazioni, ai sensi dell'articolo 22 della legge 10 ottobre 1990 n. 287, in merito ai problemi concorrenziali relativi alle modalità di acquisto del materiale rotabile adottate dalla Regione Lombardia per il tramite di Ferrovienord S.p.A. (di seguito Ferrovienord).

Nel 2006 Ferrovienord, su incarico della Regione Lombardia, per provvedere all'approvvigionamento di ulteriore materiale rotabile da impiegare per lo sviluppo del servizio ferroviario regionale ha proceduto ai sensi dell'articolo 221, comma 1, lettera e), del D.lgs. n. 163/2006<sup>1</sup>, assegnando all'ATI Ansaldo Breda S.p.A./ Firema S.p.A./ Keller elettromeccanica S.p.A.<sup>2</sup>, sulla base di una procedura negoziata senza previa indizione di gara, la fornitura di 26 convogli ferroviari TSR a 2 piani, (di cui 20 composti da 5 veicoli e 6 da 6 veicoli) con l'opzione di estendere la stessa ad ulteriori 150 veicoli.

Alla base della scelta di acquistare il nuovo materiale rotabile ricorrendo all'articolo 221 sopra citato, vi erano le esigenze manifestate dalla Regione Lombardia a Ferrovienord, consistenti, in particolare, nella necessità di assicurare: i) l'omogeneità del nuovo materiale rotabile rispetto alla flotta già acquistata; ii) e la consegna dello stesso in tempo utile per garantire l'avvio dei nuovi servizi nel 2008.<sup>3</sup>

Come noto, l'art 221 - *Procedura negoziata senza previa indizione di gara* - del D. Lgs. n.163/2006<sup>4</sup> sopra citato disciplinava, con riguardo ai settori speciali, il ricorso da parte delle stazioni appaltanti a procedure negoziate senza previa indizione di una gara.

Tanto premesso si intende evidenziare che in generale il ricorso alla procedura negoziata senza previa indizione di gara è consentito solo in ipotesi eccezionali, espressamente disciplinate dal Legislatore, i cui presupposti devono essere accertati con rigore per non determinare un'ingiustificata compressione del generale principio di concorrenza, in violazione delle vigenti normative, comunitarie e nazionali, in materia di evidenza pubblica.

In senso conforme si è più volte espressa l'Anac evidenziando che *"Nei settori speciali, seppure con lievi differenziazioni dai settori ordinari (cfr. artt.56 e 57, del codice), la possibilità di applicare la disciplina della procedura negoziata senza previa indizione di gara di cui all'articolo221, del D. Lgs. n. 163/2006, stante il vulnus che la norma comporta rispetto alla piena applicazione del principio della concorrenza di cui all'articolo 2 del D. Lgs. n. 163/2006, è consentita al verificarsi di ipotesi eccezionali e tassative contemplate dal Legislatore"*<sup>5</sup>.

Ciò posto, a prescindere dalla valutazione circa la sussistenza, nel caso di specie, dei presupposti di cui all'articolo 221, comma 1, lettera e) del D. Lgs. n. 163/2006 e, in particolare, della possibilità di acquisire materiale rotabile con caratteristiche analoghe a quelle della flotta esistente anche presso altri fornitori, si osserva che la possibilità prevista nel contratto n. 15504 del 31 ottobre 2006, stipulato da Ferrovienord con l'ATI Ansaldo Breda S.p.A./ Firema S.p.A./ Keller elettromeccanica S.p.A., di estendere la fornitura oggetto di affidamento fino a 150 veicoli ulteriori non appare

<sup>1</sup> [L'articolo 221, comma 1, citato prevedeva che "1. Ferma restando la facoltà di ricorrere alle procedure negoziate previa pubblicazione di avviso con cui si indice la gara, gli enti aggiudicatori possono ricorrere a una procedura senza previa indizione di una gara nei seguenti casi: [...] e) nel caso di appalti di forniture per consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti di uso corrente, o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obbligherebbe l'ente aggiudicatore ad acquistare materiale con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate;[...]".]

<sup>2</sup> [L'ATI citata si era già aggiudicata nel 2003, a seguito di una procedura ad evidenza pubblica indetta da Ferrovienord, su incarico della Regione, la fornitura di 27 convogli da utilizzare per il servizio ferroviario regionale, con diritto di opzione per ulteriori 12 convogli da 3 pezzi e 6 convogli da 5 pezzi.]

<sup>3</sup> [Cfr. deliberazione della Giunta Regionale n VIII/002921 del 6 luglio 2006 e Deliberazione n. VIII/003164 del 15 settembre 2006. ]

<sup>4</sup> [L'articolo citato è stato abrogato a far data dal 19 aprile 2016 come previsto all'art. 217 del D.lgs. n. 50/2016. La medesima disposizione è stata riprodotta nell'art 125 del nuovo Codice dei contratti pubblici. ]

<sup>5</sup> [Cfr. Deliberazione n.12 del 23/04/2014. In senso analogo si sono espressi i giudici amministrativi anche se con riguardo ai presupposti previsti dall'art. 57 del D.lgs. n. 163/2006, norma analoga all'art. 221 che disciplinava nei settori ordinari le procedure in esame. In particolare è stato affermato che i presupposti di cui all'art 57 cit. costituiscono un'eccezione alla regola generale della massima concorsualità e, come tali, devono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili di interpretazione estensiva (ex multis, Cons. Stato, sez. V, n. 8006 del 10.11.2010).]

né necessaria né proporzionata rispetto all'esigenza, manifestata da codesta Amministrazione, di un celere avvio del servizio. Una siffatta modalità di approvvigionamento, oltre a porsi in contrasto con la natura eccezionale della procedura di cui all'articolo 221 cit., ha di fatto sottratto al mercato, per un lasso temporale significativo, una quota di commessa pubblica non irrilevante, incidendo negativamente sull'assetto concorrenziale dello stesso.

Pertanto, l'Autorità auspica che in futuro l'Amministrazione in indirizzo ricorra a procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento della fornitura di materiale rotabile da utilizzare nell'ambito del servizio ferroviario regionale.

L'Autorità invita a comunicare, entro un termine di quarantacinque giorni dalla ricezione del presente parere, le determinazioni assunte con riguardo alle criticità concorrenziali evidenziate.

Il presente parere sarà pubblicato sul bollettino di cui all'articolo 26 della legge n. 287/90, salvo che non vengano rappresentate, entro trenta giorni dal ricevimento della presente comunicazione, eventuali ragioni ostative alla pubblicazione.

IL PRESIDENTE  
*Giovanni Pitruzzella*